

## Zum Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG

Karl, Raimund

Published: 11/11/2015

Peer reviewed version

[Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication](#)

*Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):*

Karl, R. (2015, Nov 11). Zum Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG. Internationales Österreichisches Archäologie Forum. <http://archaeologieforum.at/index.php/beitraege/25-forschungsberichte/6719-zum-geltungsbereich-des-11-abs-1-dmsg>

### Hawliau Cyffredinol / General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

11.11.2015

## ZUM GELTUNGSBEREICH DES § 11 ABS. 1 DMSG

---

Raimund Karl

Prifysgol Bangor University

Wie als bekannt vorausgesetzt werden kann, regelt im österreichischen Recht der § 11 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz (DMSG) die Verpflichtung zur Bewilligung archäologischer Maßnahmen durch das Bundesdenkmalamt (BDA). Diese Bestimmung wurde und wird bisher vom BDA und übergeordneten Instanzen derart ausgelegt, dass alle archäologischen Ausgrabungen, aber auch surveys und andere Untersuchungen an Ort und Stelle zur Entdeckung und Erforschung von archäologischen Funden und Befunden (wie z.B. die Suche mit dem Metallsuchgerät) generell dieser Bewilligungspflicht unterliegen, unabhängig davon, wo und von wem sie auf österreichischem Staatsgebiet durchgeführt werden sollen oder wollen (BDA 2012, 6; 2014, 6). Zur gefälligen Erinnerung sei an dieser Stelle dennoch der volle Wortlaut dieses Paragraphen in aktuell gültiger Fassung zitiert:

*„§ 11. (1) Die Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes unter Wasser (Grabung) und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche dürfen nur mit Bewilligung des Bundesdenkmalamtes vorgenommen werden, soweit Abs. 2 und 9 nichts anderes vorsehen (Forschungsgrabung). Eine derartige Bewilligung kann nur an Personen erteilt werden, die ein einschlägiges Universitätsstudium absolviert haben. Bewilligungen können nur physischen Personen und nur für konkrete Grabungsvorhaben erteilt werden, die im Bewilligungsbescheid klar (unter Anschluss von Plänen, die der Antragsteller beizubringen hat) zu umschreiben sind. Bewilligungen gemäß diesem Absatz können mit Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen verbunden sein (hinsichtlich Fläche und Tiefe, Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen usw.). Ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Grabungsgenehmigung auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes besteht nicht.“* (Quelle: <https://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>, abgerufen 21.8.2014)

Ein wesentliches Element dieser gesetzlichen Bestimmung, dass nämlich solche Bewilligungen nur an natürliche Personen erteilt werden können, die ein einschlägiges Universitätsstudium absolviert haben, geht nicht zuletzt zurück auf die in Art. 3 lit. b des Europäischen Übereinkommens zum Schutz archäologischen Erbes (London, 6.5.1969) enthaltene Bestimmung, dass zweckdienliche Maßnahmen in den nationalen Gesetzgebungen der Signatarstaaten zu setzen sind, *„damit archäologische Ausgrabungen nach Erteilung einer besonderen Genehmigung nur fachlich geeigneten Personen übertragen werden“* (CoE 1969). Die gleiche Bestimmung findet sich auch in Art. 3 Z ii des revidierten Europäischen Übereinkommens zum Schutz des archäologischen Erbes (La Valetta, 16.1.1992), das Österreich nun endlich am 5.6.2014 mit nur 22 Jahren Verspätung unterzeichnet hat; wenn auch mit

geringfügig verändertem Wortlaut: „Zur Bewahrung des archäologischen Erbes und um die wissenschaftliche Bedeutung archäologischer Forschungsarbeit zu gewährleisten, verpflichtet sich jede Vertragspartei: ... sicherzustellen, dass Ausgrabungen und andere möglicherweise zerstörende technische Verfahren nur von fachlich geeigneten, besonders ermächtigten Personen durchgeführt werden“ (CoE 1992).

Gleichzeitig mit der Unterzeichnung des Abkommens von La Valetta (und weit zeitnäher) hat Österreich am 5.6.2014 aber auch die *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society* (Faro, 27.10.2005) unterzeichnet. Dieses Übereinkommen, das sich in erster Linie mit bürgerlichen Rechten und Pflichten in Bezug auf das kulturelle Erbe befasst, zu deren Umsetzung in der nationalen Gesetzgebung sich Österreich nach der zu erwartenden baldigen Ratifizierung ebenfalls verpflichtet haben wird, sieht in Art. 4 die folgenden Bürgerrechte und Bürgerpflichten in Bezug auf das kulturelle Erbe vor:

*“The Parties recognise that:*

*a. everyone, alone or collectively, has the right to benefit from the cultural heritage and to contribute towards its enrichment;*

*b. everyone, alone or collectively, has the responsibility to respect the cultural heritage of others as much as their own heritage, and consequently the common heritage of Europe;*

*c. exercise of the right to cultural heritage may be subject only to those restrictions which are necessary in a democratic society for the protection of the public interest and the rights and freedoms of others.”* (CoE 2005)

In weiteren Artikeln dieses Übereinkommens wird mehrfach und mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass Rechtsvorschriften zur Sicherung der Bürgerrechte an kulturellem Erbe im Sinne des Art. 4 vorzusehen sind (Art. 5 lit. c), Bürgern die Beteiligung an das kulturelle Erbe betreffenden Aktivitäten ermöglicht werden soll (Art. 5 lit. d), Prozesse zum Interessenausgleich zwischen Bevölkerungsgruppen, die einander entgegengesetzte Werte mit dem gleichen Kulturerbe verbinden, entwickelt werden sollen (Art. 7 lit. b), die Kooperation zwischen verschiedenen Teilhabern am kulturellen Erbe und freiwillige Initiativen die Aktivitäten öffentlicher Stellen ergänzen zu fördern sind (Art. 11 lit. b-e) und die Bürgerbeteiligung an der Identifikation, Erforschung, Interpretation, dem Schutz, der Erhaltung und der Präsentation von Kulturerbe gestärkt werden soll (Art. 12 lit. a).

Die Ausschließlichkeit der bisherigen und derzeitigen Interpretation des § 11 Abs. 1 DMSG und deren weitgehende Unvereinbarkeit mit den Forderungen des Faro-Übereinkommens zur verstärkten Bürgerbeteiligung im Bereich der Kulturgüternutzung und des Kulturgüterschutzes geben Anlass, die bisherige Interpretation der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG zu überprüfen und neu zu überdenken. Dies ist nicht zuletzt auch deshalb notwendig, weil trotz der langjährigen erfolgreichen Anwendung dieser Auslegung des § 11 Abs. 1 DMSG durch die dafür zuständige Behörde und die Strafverfolgungsbehörden keineswegs als gesichert gelten kann, dass diese Interpretation auch tatsächlich korrekt ist und nicht vielmehr eine massive Kompetenzüberschreitung durch verschiedene Behörden der Republik Österreich dargestellt hat, die nicht aufrecht erhalten werden kann. Jüngere neue Erkenntnisse und die Betrachtung der Bestimmungen des DMSG im Sinne der vom Faro-Übereinkommen (insbesondere Art. 4 lit. c) geforderten Sichtweise legen nämlich nahe, dass die bisherige Interpretation des Geltungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG durch BDA und andere Behörden rechtlich nicht tragfähig ist.

Dabei ist allerdings gleich zweierlei zu bemerken: erstens ist es nicht Ziel dieses Beitrags, eine „Gesetzeslücke“ aufzureißen, sondern vielmehr eine potentiell bereits seit Einführung der derzeit gültigen Fassung dieses Paragraphen bestehende mögliche Gesetzeslücke aufzuzeigen. Dies soll die innerfachliche Diskussion ermöglichen und anregen, ob hier tatsächlich eine Gesetzeslücke besteht und, falls ja, ob diese – unter Berücksichtigung der Forderungen des Faro-Übereinkommens – im fachlichen Interesse geschlossen werden sollte bzw. wie mit dieser Lücke umgegangen werden sollte; oder sie nicht sogar fachlich als Möglichkeit zur Förderung der verstärkten Bürgerbeteiligung begrüßt und als wichtiger Freiraum statt als Gesetzeslücke betrachtet werden sollte. Zweitens möchte ich darauf hinweisen, dass die gleichen Erkenntnisse, die in diesem Beitrag besprochen werden, durch mich auch bereits der österreichischen Metallsuchergemeinschaft zur Kenntnis gebracht wurden (Karl 2014), und daher nicht darauf gehofft werden kann, dass potentiell betroffene bzw. diese mögliche Lücke nutzen könnende österreichische Bürger und Bürgerinnen mit archäologischen Interessen, die von unseren fachlichen Interessen abweichen oder diesen sogar teilweise entgegengesetzt sind, vom Bestehen dieser Lücke nicht erfahren. Sollte also die Fachmeinung dahin gehen, dass die in diesem Beitrag vorgestellte und meiner Ansicht nach einzig richtige Auslegungsmöglichkeit des § 11 Abs. 1 DMSG eine Gesetzeslücke darstellt, die unbedingt geschlossen werden muss, besteht für das Fach dringender Handlungsbedarf.

Damit zur Sachlage selbst: die bisherige Interpretation des § 11 Abs. 1 DMSG durch BDA und andere Behörden beruht auf der Bestimmung des Denkmalsbegriffs in § 1 Abs. 1 DMSG, in dem von Menschen geschaffene Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung als Denkmale definiert werden. Diese Lesung des § 1 Abs. 1 DMSG ist zwar an sich richtig, aber höchst selektiv: § 1 Abs. 1 DMSG bestimmt nämlich nicht nur den Denkmalsbegriff sondern gleichzeitig auch den allgemeinen Geltungsbereich des Denkmalschutzgesetzes insgesamt. Berücksichtigt man aber nicht nur die Denkmalsbegriffsbestimmung, sondern die rechtlich mindestens ebenso wichtige Geltungsbereichsbestimmung, die in diesem Paragraphen vorgenommen wird, ergibt sich ein ganz anderes Resultat für den Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG. Um dies zu zeigen, sei hier auch der vollständige Wortlaut des § 1 Abs. 1 DMSG in aktuell gültiger Fassung wiedergegeben:

*„§ 1. (1) Die in diesem Bundesgesetz enthaltenen Bestimmungen finden auf von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (einschließlich Überresten und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“) Anwendung, wenn ihre Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Diese Bedeutung kann den Gegenständen für sich allein zukommen, aber auch aus der Beziehung oder Lage zu anderen Gegenständen entstehen. „Erhaltung“ bedeutet Bewahrung vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland.“* (Quelle: <https://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>, abgerufen 21.8.2014)

Wie diesem Zitat des Gesetzeswortlauts in aller wünschenswerten Eindeutigkeit zu entnehmen ist, gelten die Bestimmungen des DMSG in ihrer Gesamtheit nicht etwa für alle Denkmale im Sinne der Begriffsdefinition dieses Paragraphen, sondern ganz im Gegenteil ausschließlich nur für solche Denkmale, deren Erhaltung ihrer historischen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Wie nun aber in § 1 Abs. 4 DMSG in ebenso unmissverständlicher Eindeutigkeit ausgeführt wird, wird dieses öffentliche Interesse an der Erhaltung eines Denkmals im Sinne des § 1 Abs. 1 DMSG (nun näher als „Unterschutzstellung“ bezeichnet) aber

nur kraft gesetzlicher Vermutung (§ 2 DMSG), Verordnung des BDA (§ 2a DMSG) oder Bescheid des BDA (§ 3 DMSG) wirksam.

Das bedeutet, dass an der Erhaltung nicht bereits unter Denkmalschutz gestellter Denkmale (im Sinne der Denkmalsbegriffsdefinition des § 1 Abs. 1 DMSG) kein **wirksames** öffentliches Interesse besteht und daher im Sinne der Definition des Geltungsbereichs des DMSG in § 1 Abs. 1 DMSG die im DMSG enthaltenen Bestimmungen – darunter selbstverständlich auch die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG – auf nicht unter Denkmalschutz stehende Denkmale überhaupt nicht Anwendung finden; also nicht gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG geschützte Denkmale auch nicht in den Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG fallen. Das wiederum bedeutet im Umkehrschluss, dass sich der Geltungsbereich der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich auf zum Zeitpunkt der Durchführung einer „*Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes unter Wasser (Grabung)*“ oder sonstigen „*Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche*“ bereits gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz stehenden Denkmale erstreckt.

Steht ein Denkmal nicht unter Denkmalschutz, dann ist es eben auch durch die Bestimmungen des DMSG nicht geschützt, weil kein öffentliches Interesse an seiner Erhaltung und somit auch keine Berechtigung für den Staat oder seine Organe besteht, aus denkmalschützerischen Gründen in die bestehenden Eigentumsrechte des derzeitigen Eigentümers dieser Sache einzugreifen oder diese auch nur zu beschränken. Das gilt selbstverständlich auch für all jene archäologischen Objekte, die nicht unter Denkmalschutz gestellt wurden: diese mögen zwar im Sinne der Denkmalsbegriffsdefinition des § 1 Abs. 1 DMSG durchaus Denkmale sein, aber eben keine geschützten Denkmale, und gelten daher rechtlich als ganz gewöhnliche Sachen, mit denen ihr Eigentümer im Rahmen der Gesetze tun und lassen darf, was er will; also auch sie suchen, entdecken, erforschen oder sogar – sollte er das wollen – vorsätzlich zerstören.

Das bedeutet, das für archäologische Ausgrabungen, surveys, aber auch Metallsuchen oder sonstige „archäologische Maßnahmen“ an Ort und Stelle auf nicht zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme unter Denkmalschutz stehenden Flächen keinerlei Bewilligungspflicht durch das BDA besteht, und zwar weder für solche Personen, die ein einschlägiges Universitätsstudium abgeschlossen haben, noch für solche, die keinen einschlägigen Studienabschluss haben. Das mag uns als Archäologen nicht gefallen, aber ist was das Gesetz sagt; wenigstens dann, wenn man nicht nur selektiv die Satzteile oder Worte liest von denen man gerne hätte dass sie gelten, sondern tatsächlich alles liest was gilt. Und natürlich auch, wenn man nicht wie das BDA in seinen Richtlinien für archäologische Maßnahmen den Wortlaut des Gesetzes falsch zitiert, indem man den in § 8 Abs. 1 DMSG definierten Begriff Bodendenkmal statt den tatsächlich im geltenden Gesetz stehenden, in § 1 Abs. 1 DMSG definierten, Begriff Denkmal an erwünschter Stelle einsetzt (BDA 2012, 6; 2014, 6).

Betrachten wir nun noch zusätzliche Gründe, die dafür sprechen bzw. es notwendig machen, die von mir erläuterte Beschränkung des Geltungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG auf ausschließlich bereits zum Zeitpunkt der an Ort und Stelle stattfindenden Nachsuche nach beweglichen und unbeweglichen Denkmalen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche unter Denkmalschutz stehende Flächen als einzig mögliche richtige Interpretation dieser Bestimmung anzuerkennen:

Hier ist zuerst die verfassungswidrige Einschränkung der in Art. 17 Staatsgrundgesetz (StGG 1867) als staatsbürgerliches Grundrecht festgehaltenen Freiheit der wissenschaftlichen Forschung zu nennen, zu deren Ausübung keine besondere Ausbildung erforderlich ist und sein darf. Ein allgemeines Verbot der Suche zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von archäologischen Primärquellen, völlig unabhängig davon wie gering im Einzelfall deren historische, künstlerische oder sonstige kulturelle

Bedeutung auch immer sein mag, auf dem gesamten österreichischen Staatsgebiet für die überwiegende Mehrheit der Staatsbürgerinnen mit Ausnahme von vielleicht einmal etwas über 1.000 graduierten Archäologen ist sicherlich nicht durch ein öffentliches Interesse an der Erhaltung aller dieser Primärquellen zu rechtfertigen. Dass nicht alle archäologischen Denkmale so wichtig sind, dass sie unbedingt erhalten werden müssen, geht nicht nur aus der Regierungsvorlage zum DMSG hervor, in der explizit davon gesprochen wird dass sich der Denkmalschutz auf eine auch administrativ bewältigbare, wissenschaftliche begründete Auswahl beschränken muss, da er sonst der notwendigen Effizienz verlustig gehen würde (RV 1999, 39), sondern auch mit aller Deutlichkeit aus der amtlich abgesegneten fachlichen Praxis bei systematischen archäologischen Ausgrabungen den oftmals bekanntermaßen zahlreiche Kleinfunde enthaltenden Oberboden undurchsucht mit dem Bagger abschieben zu lassen. Ganz offenkundig ist nicht jedes archäologische Denkmal – und das auch Kleinfunde im Oberboden archäologische Denkmale im Sinne der Definition des Denkmalbegriffs in § 1 Abs. 1 DMSG sind, steht völlig außer Frage – von solcher Bedeutung, dass seine Erhaltung auch nur im archäologisch-wissenschaftlichen Interesse ist, geschweige denn im öffentlichen Interesse. Eine völlig undifferenzierte Beschränkung der staatsbürgerlichen Grundfreiheit der wissenschaftlichen Forschung auf ausschließlich graduierte Archäologen kann daher schon allein aus diesem Grund nicht verfassungskonform sein.

Noch gravierender ist allerdings, dass die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG, wenn sie undifferenziert für alle Nachsuchen nach beweglichen und unbeweglichen Denkmälen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche im gesamten österreichischen Staatsgebiet gelten würden, zwangsweise zu gravierenden Verletzungen des Gleichheitsgrundsatzes der Bundesverfassung (Art. 7 Bundes-Verfassungsgesetz; Art. 2 StGG 1867) führen würden: das DMSG operiert schließlich mit einem „weiten Denkmalbegriff“, der weder ein bestimmtes Alter (Bazil et al. 2004, 36) noch eine hervorragende oder außerordentliche Bedeutung (Bazil et al. 2004, 41), ja nicht einmal einen bestimmten materiellen Wert, Erhaltungszustand oder Häufigkeit (bzw. im Umkehrschluss: Seltenheit) des Vorkommens des betreffenden Gegenstandes voraussetzt (VwGH 24.6.1985, GZ 84/12/0213, 3). Damit ist jeder von Menschen geschaffene Gegenstand (inklusive Überresten, gestaltenden Bearbeitungsspuren und künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) ein Denkmal im Sinne der Denkmalbegriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 DMSG, weil jedem derartigen Gegenstand irgendeine geschichtliche oder sonstige kulturelle Bedeutung zukommt; im Mindestfall ist er Beleg seiner eigenen Existenz und damit ein Dokument mit historischer Bedeutung. Würden die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG also tatsächlich für **alle** Denkmale im Sinne des § 1 Abs. 1 DMSG gelten, und nicht etwa nur für gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG **geschützte** Denkmale die sich unter der Erd- oder Wasseroberfläche befinden, würde auch die Suche an Ort und Stelle zur Entdeckung lecker Wasserleitungen, defekter oder aktiver Stromkabel und zahllose andere Tätigkeiten, die für das alltägliche Leben und das Funktionieren unserer modernen Gesellschaft notwendig sind, unter die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG fallen. Denn natürlich sind auch unterirdisch verlegte Wasser-, Strom oder Gasleitungen sowie viele andere Dinge von Menschen geschaffene Gegenstände mit geschichtlicher oder sonstiger kultureller Bedeutung.

Das einzig gesetzlich in § 1 Abs. 2 und 5 DMSG vorgesehene Unterscheidungskriterium zwischen Denkmälen im Sinne des § 1 Abs. 1 DMSG ist ihre jeweilige Bedeutung, wobei die in der wissenschaftlichen Fachwelt vorherrschende Wertschätzung dieser Bedeutung ausschließliche Grundlage des öffentlichen Interesses an der Erhaltung eines Denkmals ist (VwGH 30.10.1991, 91/09/0047). Das einzige gesetzmäßige Verfahren, das im DMSG für die Feststellung der jeweiligen Bedeutung unterschiedlicher Denkmale vorgesehen ist, ist jedoch das Unterschutzstellungsverfahren. Wurde kein Unterschutzstellungsverfahren durchgeführt, kann die Bedeutung eines bestimmten Denkmals weder abgeschätzt noch mit der anderer nicht in einem gleichartigen Verfahren bewerteter

Denkmale verglichen werden; und unbewertete Denkmale gehören daher im rechtlichen Sinn alle derselben Kategorie von Denkmalen an, sie sind im rechtlichen Sinne gleich.

Würde nun die Suche an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung der einen unbewerteten Denkmale (z.B. der Wasserleitungen) als nicht der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegend behandelt, die Suche nach den anderen unbewerteten Denkmalen (z.B. römischen Münzen) hingegen als schon dieser Bewilligungspflicht unterliegend, dann würde willkürlich Gleiches ungleich behandelt; und es würden natürlich auch Personen auf Basis der gleichen gesetzlichen Grundlage willkürlich unterschiedlich behandelt, je nachdem welche Denkmale sie suchen (wollen). Beides verletzt den Gleichheitsgrundsatz und ist daher verfassungswidrig, es kann die derzeitige Auslegung des § 11 Abs. 1 DMSG also auch aus diesem Grund nicht richtig sein.

Hinzu kommt, dass es Staatsbürgern – selbst Fachleuten – aufgrund des Fehlens klarer und nachvollziehbarer Kriterien, welche Denkmale schützenswert sind und welche nicht, völlig unmöglich ist zu bestimmen, ob ein an Ort und Stelle gesuchtes Denkmal den Beschränkungen des DMSG auch nur unterliegen könnte, geschweige denn ob es den Beschränkungen des DMSG tatsächlich unterliegt, wenn es nicht bereits gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz steht. Da ausschließlich die in der Fachwelt vorherrschende Wertschätzung der Bedeutung eines bestimmten Denkmals im Einzelfall bestimmt, ob das Denkmal schutzwürdig ist oder eben nicht (und damit selbstverständlich wie jede gewöhnliche Sache selbstverständlich gesucht, entdeckt und untersucht werden darf), und dafür ein behördliches Feststellungsverfahren notwendig ist, kann kein Staatsbürger diese Frage allein für sich im Feld entscheiden. Damit kämen die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG in der derzeitigen Auslegung durch BDA und andere Behörden jedoch einem allgemeinen Suchverbot nach von Menschen geschaffenen Gegenständen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche ohne Bewilligung des BDA gleich, und zwar völlig unbeachtlich wie gering und unbedeutend der Denkmalwert der gesuchten Gegenstände ist. Ein solches allgemeines Suchverbot ist jedoch in Anbetracht der Tatsache, dass es in Österreich etwa 50.000 bekannte und noch viel mehr noch unbekannte archäologische Fundstellen und zahllose Millionen, wenn nicht Milliarden, an beweglichen archäologischen Denkmalen (Kleinfunden) gibt, von denen gerade einmal etwa 1.000 von solcher Bedeutung sind, dass es notwendig erschien, sie gemäß §§ 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz zu stellen, vollkommen unverhältnismäßig.

Es kann weder Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, noch ist es für ihn zulässig, allen Staatsbürgern außer graduierten Archäologen (und auch diesen ohne besondere Bewilligung) eine Handlung zu verbieten, weil durch diese in vielleicht einem von 10.000, wenn nicht gar nur einem von 100.000 oder noch mehr Fällen ein Gegenstand gefährdet werden könnte (aber nicht unbedingt gefährdet wird), dessen Erhaltung tatsächlich im öffentlichen Interesse gelegen wäre; vor allem wenn die Erhaltung dieses Gegenstands durch andere völlig legale Handlungen (wie Bau-, Feld- und Waldarbeiten) und durch die Unterlassung der verbotenen Handlung selbst (durch natürliche Erosion) mindestens ebenso gefährdet ist wie durch die verbotene Handlung. Auch deshalb kann also die derzeitige Auslegung des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA nicht stimmen.

Darüber hinaus habe ich mir im Herbst 2013 erlaubt, einen Fall zu erzeugen, anhand dessen die derzeitige Interpretation des § 11 Abs. 1 DMSG durch BDA und andere Behörden überprüft werden kann.

Zu diesem Zweck habe ich in Bangor (UK) einen von Menschen geschaffenen Gegenstand von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger Bedeutung (eine Keramikfigur eines Weihnachtsmanns; Abb. 1) erworben und anschließend von meiner Frau im Garten meiner Eltern in Wien an einem mir nicht bekannten Ort unter einer mir unbekannten, künstlich gestalteten Bodenformation ihrer



eigenen Gestaltung vergraben lassen. Damit wurde ein bewegliches und unbewegliches Denkmal unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche generiert, das ich andernorts bereits als *mikrolithischen Monumentalbau* bezeichnet habe (Karl 2014; Abb. 2), dessen Erhaltung entsprechend den Vorgaben der RV (1999, 37) und der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur (Bazil et al. 2004, 41) jedenfalls im öffentlichen Interesse gelegen war, das aber nicht gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz stand (weil es ja erst soeben erschaffen worden war und das BDA daher gar keine Kenntnis von seiner Existenz hatte).



Abb. 1: R. Karl beim Auswählen des beweglichen Denkmals in Bangor, Wales (Bild: © 2013 S. Prochaska).

Dieses Denkmal habe ich unmittelbar anschließend an seine Erzeugung an Ort und Stelle zum Zwecke seiner Entdeckung und Untersuchung gesucht und ohne eine Bewilligung des BDA gemäß § 11 Abs. 1 DMSG eingeholt zu haben ausgegraben (Abb. 3). Damit hätte ich, wenn die derzeitige Interpretation des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA und andere Behörden zutreffen sollte, vorsätzlich die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG verletzt (Abb. 4). Um nun festzustellen, ob ich tatsächlich eine Verwaltungsübertretung begangen hatte oder nicht, übermittelte ich anschließend eine Selbstanzeige an das BDA und die zuständige Strafverfolgungsbehörde, die eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung (ein „Geständnis“) samt umfangreicher Fotodokumentation aller genannten Handlungen sowie eine Stellungnahme weshalb die von mir gesetzten Handlungen keine Verletzung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG darstellen und daher nicht strafbar sind enthielt. Im in der Folge gegen mich eröffneten Verwaltungsstrafverfahren hat das BDA (entgegen seiner sonstigen Praxis) es unterlassen, trotz gemäß § 37 Abs. 8 erfolgter Aufforderung durch die Strafverfolgungsbehörde, eine Äußerung abzugeben, zu dem Fall Stellung zu nehmen. Am 11.3.2014 hat daraufhin die zuständige Strafverfolgungsbehörde das gegen mich in Angriff genommene Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) eingestellt (MBA 01 – S 48902/13). § 45 Abs. 1 Z 1 VStG sieht vor, dass ein Verwaltungsstrafverfahren einzustellen ist, wenn



„die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet“.



Abb. 2: Das etwa 10 Minuten alte unbewegliche Denkmal in Wien XIII vor der Ausgrabung (Bild: © 2013 R. Karl).



Abb. 3: R. Karl bei der nicht gemäß § 11 Abs. 1 DMSG von BDA bewilligten Ausgrabung des unbeweglichen und beweglichen Denkmals in Wien XIII (Bild: © 2013 S. Prochaska).





Abb. 4: Das bewegliche Denkmal in Fundlage in Wien XIII (Bild: © 2013 R. Karl).

Nachdem der Strafverfolgungsbehörde in diesem Fall mein vollständiges „Geständnis“ samt umfangreicher Fotodokumentation vorlag, kann die Einstellung des Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG nur deshalb erfolgt sein, weil die von mir gesetzten Handlungen keine Verwaltungsübertretung bilden. Das bedeutet, nachdem der Fall extra so konstruiert war, dass er exakt gleich zu jeder anderen Grabung oder sonstigen archäologischen Nachforschungen auf nicht gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG geschützten Flächen gelagert ist, dass die oben ausgeführte Interpretation, dass die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich auf gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG geschützte Denkmale anzuwenden sind, während alle anderen (nicht denkmalgeschützten) Denkmale nicht den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG und somit auch nicht der Bewilligungspflicht durch das BDA unterliegen, auch tatsächlich juristisch korrekt ist. Und nachdem das BDA es im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren unterlassen hat, sein Recht auf Äußerung gemäß § 37 Abs. 8 DMSG wahrzunehmen, ist auch davon auszugehen, dass wenigstens die Rechtsabteilung des BDA meiner Auslegung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG zustimmt; denn würde sie das nicht, hätte sie gerade in einem offensichtlich und auch explizit (und damit dem BDA auch bekanntermaßen) als Testfall zur Überprüfung des Geltungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG konstruiertem Fall wie diesem meinen vorgebrachten Argumenten in einer amtlichen Äußerung widersprechen müssen; und zwar auch wenn meine Handlungen aus anderen als den von mir ausgeführten Gründen nicht der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterlagen und daher für das BDA keine Veranlassung bestand sich konkret zum Fall selbst (und nicht nur zur Begründung warum die Handlungen keine Verwaltungsübertretung darstellen) zu äußern.

Somit muss also als nachgewiesen gelten, dass sich der Geltungsbereich der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich auf solche archäologischen Denkmale erstreckt, die sich entweder auf Flächen befinden, die bereits zum Zeitpunkt der auf ihnen stattfindenden archäologischen Maßnahme gemäß §§ 2, 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz stehen, oder die zu diesem Zeitpunkt bereits selbst

gemäß eines der genannten Paragraphen unter Denkmalschutz stehen. Dies entspricht übrigens auch exakt der Forderung des Art. 4 lit. c des Übereinkommens von Faro (CoE 2005), das Signatarstaaten die Ausübung des Rechts am Kulturerbe teilzuhaben nur soweit beschränken dürfen, als dies zum Schutz öffentlicher Interessen und rechtlicher Interessen Dritter notwendig ist.

In Anbetracht dieser Sach- bzw. Rechtslage stehen wir als Fach somit vor der Frage: besteht hier unserer Ansicht nach eine Gesetzeslücke, die dringend geschlossen werden muss, und wenn ja, wie können oder sollen wir diese am besten zu schließen versuchen? Oder ist dies ohnehin, nicht zuletzt in Anbetracht der Erfordernisse für den archäologischen Denkmalschutz, die sich aus dem Übereinkommen von Faro (CoE 2005) ergeben, wie es sein sollte?

Ich muss dazu gleich gestehen, dass ich in dieser Frage durchaus zwiegespalten bin: einerseits finde ich eine möglichst starke Förderung der archäologischen Bürgerbeteiligung anstrebenswert und aus vielen Gründen für unser Fach ungeheuer wichtig; und bin daher durchaus dafür, Bürgerrechte zur Beteiligung am archäologischen Kulturerbe so wenig als möglich zu beschränken. Und außerdem hat es natürlich für uns Archäologen – wenn wir in Österreich Feldforschung betreiben wollen – den Vorteil dass wir uns nicht um eine Grabungsgenehmigung bemühen und uns in dieser Auflagen erteilen lassen müssen, die eventuell mühsam zu erfüllen sind. Aber andererseits geht mir ein Schutz, der sich ausschließlich auf die etwa 1.000 gemäß §§ 2a oder 3 DMSG geschützten archäologischen und ebenso geschützten Baudenkmale erstreckt, doch nicht weit genug; und eigentlich bin ich auch durchaus der Ansicht, dass es wenigstens fachlich halbwegs verbindliche Mindeststandards für Ausgrabungen wie die Richtlinien für archäologische Maßnahmen des BDA (2014) – was man jetzt immer im Detail von ihnen halten mag – geben sollte, die aber derzeit als im Rahmen von Bewilligungsbescheiden erteilte Auflage an den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG hängen und daher in Ermangelung einer rechtlichen Bewilligungsnotwendigkeit für die Mehrheit archäologischer Feldforschungsmaßnahmen weitgehend ihre Wirkmächtigkeit verlieren.

Meiner Meinung nach besteht hier also sehr wohl eine gewisse Gesetzeslücke, die zu schließen wäre, wenn auch nicht unbedingt eine, die die bisherige Interpretation des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA tatsächlich zum Gesetz macht, also alle archäologischen Feldforschungsmaßnahmen einer generellen Bewilligungspflicht unterwirft und die Möglichkeit eine solche Bewilligung überhaupt erteilt zu bekommen ausschließlich auf graduierte Archäologen beschränkt. Weniger drastische Maßnahmen, ob nun im Weg einer Gesetzesänderung, die durch die Unterzeichnung der Übereinkommen von La Valetta (CoE 1992) und Faro (CoE 2005) vermutlich ohnehin bis zu einem gewissen Grad notwendig werden wird, oder auf anderen, weniger einschneidenden Wegen, mögen durchaus genug, wenn nicht sogar besser als ein solches Totalverbot sein.

Ziel dieses Artikels ist es nicht, detailliert konkrete Lösungsvorschläge vorzustellen, sondern vielmehr eine innerfachliche Diskussion darüber anzuregen, ob und wenn ja welche Maßnahmen im Interesse des archäologischen Denkmalschutzes und der archäologischen Wissenschaft notwendig erscheinen, um die von mir festgestellte mögliche Gesetzeslücke zu schließen. Dennoch möchte ich abschließend, um diese Diskussion auch etwas weiter anzuregen, kurz ein paar mögliche Maßnahmen erwähnen.

Eine Möglichkeit, das Problem der unzureichenden Zahl gemäß §§ 2a und 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellter archäologischer Denkmale zu lösen ist die, dass das BDA – dass sich ohnehin bereits darauf zu konzentrieren begonnen hat, mehr archäologische Denkmale unter Denkmalschutz zu stellen – seine Anstrengungen in dieser Richtung noch zusätzlich verstärkt. Geht man davon aus, dass durch die Neuinterpretation des Geltungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG eine größere Aufgabe der Abteilung für Archäologie – nämlich die Erteilung von etwa 500 Grabungsbewilligungen pro Jahr –

in Zukunft weitgehend wegfällt, würde dafür sogar eventuell den Kollegen im BDA etwas mehr Zeit als zuvor zur Verfügung stehen.

Allerdings ist hier natürlich zu berücksichtigen, dass die Vorbereitung einer Unterschutzstellung wohl im Normalfall weit zeitaufwändiger ist als die Erteilung einer Grabungsbewilligung für archäologische Feldforschungsmaßnahmen, die ob der zu erwartenden Zerstörung der Fundstelle durch unmittelbar bevorstehende Bauarbeiten ohnehin notwendig ist. Es ist also fraglich, ob die zusätzlich verfügbar werdende Zeit durch den weitgehenden Wegfall der Grabungsbewilligungsnotwendigkeit ausreichend wäre, um hier rasch ausreichend viele archäologische Fundstellen unter Denkmalschutz zu stellen. Bedenkt man, dass in England bei weitgehend identer Rechtslage (eine Bewilligung für Feldforschungen ist nur für *scheduled monuments* notwendig) und etwa 1,5-facher Fläche Österreichs etwa 20.000 archäologische Denkmale unter Denkmalschutz stehen, müsste die Anzahl derartiger Denkmale in Österreich etwa verdreizehnfach werden, um eine ähnliche Schutzrepräsentativität zu erreichen.

Eine Möglichkeit halbwegs verbindliche Mindeststandards für professionelle archäologische Ausgrabungen zu erreichen ist die Schaffung einer archäologischen Standesvertretung, wie es z.B. das britische *Institute for Archaeologists* (IfA) eine ist. Ein solcher professioneller Selbstverwaltungskörper kann für seine Mitglieder verbindliche Standards festlegen und somit alle, die sich als professionelle Archäologen betrachten und bezeichnen wollen, zur Einhaltung dieser Mindeststandards verpflichten. Inwieweit dies in Österreich durch die Schaffung einer eigenen Archäologenkammer bzw. den Anschluss an eine bestehende Kammer (z.B. der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten) möglich wäre, müsste ermittelt werden, würde aber eventuell einen möglichen Lösungsweg darstellen. Eine andere Möglichkeit wäre die Schaffung eines Industriestandards, also einer ÖNORM. Eine solche Norm würde wohl – weil vermutlich von der Bauwirtschaft in Grabungsauftrags-Ausschreibungen aufgenommen – unmittelbar zu einem verbindlichen Standard für alle kommerziell durchgeführten Grabungen und damit für die überwältigende Mehrheit aller professionellen archäologischen Ausgrabungen in Österreich.

Und um die „überenthusiastischen“ Laien – ob nun Metallsucher oder Heimatforscher, die auf ihrem Hausberg ausgraben wollen – etwas besser betreuen und damit deren durchaus starken Interessen an aktiver Beteiligung am archäologischen Forschungsprozess (Karl et al. 2014) fördern und auch in dem Fach nützlicher Weise bündeln zu können, würde sich vielleicht die Möglichkeit anbieten, eine Organisation ähnlich dem britischen *Portable Antiquities Scheme* (<http://finds.org.uk>) zu gründen. Daran wird ja derzeit, soweit ich weiß, auch bereits gearbeitet. Jedenfalls scheint ein solcher Versuch sinnvoller als ein generelles Verbot archäologischer Feldforschung für Laien, das letztendlich in der Praxis ohnehin nicht durchsetzbar ist.

Soweit nur einige Gedanken, wie man vielleicht anders als mittels einer Gesetzesänderung daran herangehen könnte, die Nachteile, die sich aus der Neuinterpretation des Geltungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG ergeben, zu minimieren oder sogar in Vorteile zu verwandeln, die es auch gestatten, die Vorgaben der Übereinkommen von La Valetta (CoE 1992) und Faro (CoE 2005) im österreichischen archäologischen Denkmalschutz umzusetzen. Wie ich zu zeigen versucht habe, ist es für die österreichische archäologische Fachgemeinschaft dringend nötig, sich intensiv Gedanken zu diesen Fragen zu machen, um zukünftig besser Schaden an archäologischen Denkmalen verhindern zu können.

## Bibliografie

Bazil, C., Binder-Krieglstein, R., Kraft, N. 2004. *Das österreichische Denkmalschutzrecht*. Wien: Manz.

BDA 2012. *Richtlinien für archäologische Maßnahmen*. 2. Fassung – 1. Jänner 2012. Wien: Bundesdenkmalamt, <http://www.bundesdenkmalamt.at/documents/621701608.pdf>, abgerufen 21/2/2013.

BDA 2014. *Richtlinien für archäologische Maßnahmen*. 3. Fassung – 1. Jänner 2014. Wien: Bundesdenkmalamt, <http://www.bda.at/documents/746005009.pdf>, abgerufen 14/3/2014.

CoE 1969. *Europäisches Übereinkommen zum Schutz archäologischen Erbes*. London, 6.5.1969, Council of Europe: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/066.htm>, abgerufen 21.8.2014.

CoE 1992. *Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidiert)*. Valetta, 16.1.1992, Council of Europe: <http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/143.htm>, abgerufen 21.8.2014.

CoE 2005. *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*. Faro, 27.10.2005, Council of Europe: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/199.htm>, abgerufen 21.8.2014.

Karl, R. 2014. Ein mikrolithischer Monumentalbau. *Netzwerk Geschichte Österreich, Jahresschrift* 2014, 8-13.

Karl, R., Burin, B., Frana, Z., Gufler, V., Hörhan, J., Medek, A., Rechberger, T., Rokita, K., Trausmuth, T., Unterweger, S., Vonkilch, A., Wallner, M. 2014. *Archäologische Interessen der österreichischen Bevölkerung. Bericht und Analyse einer Umfrage, November 2013 – Jänner 2014*. Bangor Studies in Archaeology, Report No. 8. Bangor: Bangor University School of History, Welsh History and Archaeology.

RV 1999. *Regierungsvorlage. Bundesgesetz, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung (Denkmalschutzgesetz – DMSG) geändert wird*. 1769 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP, [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I\\_01769/fname\\_140694.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I_01769/fname_140694.pdf), abgerufen 17/3/2014.

### **Anschrift des Autors:**

Prof. PD Mag.Dr. Raimund KARL FSA FSAscOT MIFA  
School of History, Welsh History and Archaeology  
Prifysgol Bangor University  
College Road  
Bangor, Gwynedd LL57 2DG  
United Kingdom  
[r.karl@bangor.ac.uk](mailto:r.karl@bangor.ac.uk)

### **Empfohlene Zitierweise für diesen Artikel:**

Karl, R. 2015. *Zum Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG*. Wien: <http://archaeologieforum.at>.